Über das Recht auf Neuherstellung bei Mangelhaftigkeit des hergestellten Werkes

---

AUSZUG

aus einer Schrift zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde bei der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich
Wilhelms-Universität zu Breslau

Vorgelegt von
Sigismund von Popowski,
Referendar in
Breslau

Druckerei Rosinsky Breslau, Kreuzstr.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Die Erörterung geht von der Voraussetzung aus, daß diese Frage nicht Gegenstand einer besonderen Vereinbarung seitens der Parteien bei Abschluß des Werkvertrages gewesen ist, ferner, daß die Herstellung des Werkes von dem Unternehmer zwar mangelhaft ausgeführt wurde, jedoch nicht gänzlich unmöglich geworden ist. Sie beschränkt sich ferner auf die Prüfung dieser Frage beim reinen Werkvertrage, während das hierbei in Bezug auf das Thema Gesagte nach der Vorschrift des § 651, Abs. 1 S. 2 B. G. B. auch für den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache gelten muß. Die abweichende Regelung der das Thema der Untersuchung bildenden Frage für den Fall, daß Gegenstand des Werklieferungsvertrages die Herstellung einer vertretbaren Sache ist, ergibt sich klar nach der gem. § 651, Abs. 1, S. 2., 1. Halbs. B. G. B. auch für diesen Fall geltenden Vorschrift des § 480 B. G. B. Um eine erschöpfende Regelung dieser Frage zu geben, ist es notwendig, sie vom Standpunkte beider Vertragsparteien, des Bestellers und des Unternehmers, zu prüfen.

Ein Recht, bei Mangelhaftigkeit des ursprünglich hergestellten Werkes dessen völlig neue, nunmehr fehlerfreie Herstellung durch den Unternehmer zu verlangen, kann dem Besteller beim reinen Werkvertrage nicht zugesprochen werden. Weder das Allgemeine Landrecht kannte dieses Recht des Bestellers, noch erwähnt das B. G. B. ein solches in den die Gewährleistungsansprüche behandelnden Bestimmungen der §§ 633—635 B. G. B. Auch aus der Analogie der ein solches Recht gewährenden Vorschriften der §§ 480 und 651, Abs. 1, S. 2, Halbs. 1 B. G. B. läßt sich dieses Recht für den Besteller beim reinen Werkvertrag nicht herleiten, da es sich in diesen Fällen um eine Sache handelt, die nur der Gattung nach bestimmt bezw. vertretbar ist, während der reine Werkvertrag in den allermeisten Fällen doch die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstande hat. Dazu kommen ferner die Gründe wirtschaftlicher Natur, die ein solches Recht des Bestellers beim reinen Werkvertrage nicht zulassen und bei der Prüfung dieser Frage nicht unberücksichtigt bleiben können. Die Gewährung eines solchen Rechtes an den Besteller würde stets eine erhebliche Belastung des Unternehmers bedeuten, der hierdurch in seinen Erwerbsmöglichkeiten schwer geschädigt werden würde. Denn daß die völlige Neuherstellung

eines nunmehr fehlerfreien Werkes, zu der der Unternehmer dann verpflichtet wäre, bedeutend mehr Kosten an Material und Arbeitslohn für Gehilfen sowie mehr Arbeitszeit verursachen würde als die bloße Nachbesserung an dem ursprünglich fehlerhaft hergestellten Werke bedarf keines Nachweises.

Dem Besteller stehen beim reinen Werkvertrage bei Mangelhaftigkeit des hergestellten Werkes nur die Rechte auf Beseitigung des Fehlers, auf Wandelung oder Minderung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Verschuldens des Unternehmers zur Verfügung. Daß auch die Durchführung eines dieser Rechte nicht zu einer wiederholten Herstellung des ganzen Werkes führen kann, ergibt sich aus der rechtlichen Natur dieser Ansprüche. Der Beseitigungsanspruch des Bestellers erscheint als eine durch mangelhafte Erfüllung des Werkvertrages durch den Unternehmer herbeigeführte Modifikation des ursprünglichen Erfüllungs-Anspruchs. Während die ursprüngliche Verpflichtung des Unternehmers auf vertragsmäßige Herstellung des versprochenen Werkes ging, modifiziert sich diese seine Verpflichtung infolge der mangelhaften Erfüllung zu einer Pflicht auf Beseitigung des Mangels. Allerdings erhebt man mit dem Beseitigungsanspruch einen Anspruch des Bestellers. Jedoch ist dieser Anspruch des Bestellers nicht identisch mit dem bei Abschluß des Werkvertrages entstandenen ursprünglichen Erfüllungsanspruchs des Bestellers, sondern stellt sich als ein bald engerer, bald weiterer Ausschnitt aus dem Erfüllungsanspruch dar. Infolgedessen kann der Beseitigungsanspruch des Bestellers nur insoweit in Erscheinung treten, als von der ursprünglichen Erfüllungspflicht des Unternehmers ein Teil rückständig geblieben ist. Demnach stellt sich der Mängelbeseitigungsanspruch, in seinem Verhältnis zu dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch betrachtet, als ein Weniger dar. Demgegenüber aber macht der Besteller, der bei Mangelhaftigkeit des gelieferten Werkes die völlige, fehlerfreie Neuherstellung des Werkes fordert, den vollen Erfüllungsanspruch geltend. Bezüglich des Zeitpunktes, von wann ab an Stelle eines auf Neuherstellung erstreckbaren vollen Erfüllungsanspruches der nur noch auf Beseitigung von Fehlern beschränkte Anspruch tritt, ist zu sagen, daß letzteres Recht nach dem Sinne und Zweck der Vorschrift des § 633, Abs. 2, S. 1 B. G. B. dann nicht in Frage kommen kann, wenn der Unternehmer seiner ursprünglichen Erfüllungspflicht nicht wenigstens in der Hauptsache nachgekommen ist. Ist dies, objektiv betrachtet, nicht der Fall, so ist auch für den Beseitigungsanspruch kein Raum. Vielmehr ist dann auch nicht teilweise erfüllt, und der reine Erfüllungsanspruch ist gegeben. Wie weit im gegebenen Falle das Werk vorgeschritten sein muß, um an Stelle des vollen Erfüllungsanspruchs den Beseitigungsanspruch geltend machen zu können, bestimmt sich jedesmal nach dem Vertrag oder nach der Verkehrsanschauung.

Damit man von einer Erfüllung der Hauptsache nach und somit von einem Beseitigungsanspruch des Bestellers sprechen kann, muß eine konkrete Erfüllungsleistung in Erscheinung treten. Nach § 640 B. G. B. ist dies im Augenblick der Abnahme der Fall. Daß

letztere das Recht des Bestellers, Mängel zu rügen, nicht ausschließt, folgt aus § 638 B. G. B. Der Unternehmer ist dagegen seiner Erfüllungspflicht in keiner Weise, auch nicht in der Hauptsache, nachgekommen, wenn das von ihm gelieferte Werk sich gegenüber den Vertragsfestsetzungen als etwas völlig anderes als ein aliud, darstellt. In diesem Fall kann nur der Erfüllungsanspruch für den Besteller in Frage kommen, den letzterer mit dem Verlangen nach Neuherstellung geltend macht. Ebensowenig führen die übrigen Ansprüche des Bestellers, nämlich die Rechte auf Wandelung, Minderung und Schadenersatz, zu einer zweiten Herstellung des Werkes durch den Unternehmer. Während bei der Wandelung die Vertragsparteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach den Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht verpflichtet sind, beschränkt sich das Minderungsrecht des Bestellers auf die Herabsetzung der Vergütung Auch die Durchführung des Schadenersatzanspruches kann zu einer wiederholten Herstellung des Werkes nicht führen, da das B. G. B dort, wo dieses Recht gegeben ist, den Anspruch auf Erfüllung ausschließt, während das Gesetz es ausdrücklich hervorhebt, wenn dem Gläubiger wahlweise beide Rechte zur Verfügung stehen sollen.

Das Gesetz gewährt ausdrücklich dem Besteller das Recht auf wiederholte Herstellung nur im Falle des § 651, Abs. 1, S. 2, Halbs. 1, B. G. B., wenn der Unternehmer sich verpflichtet, eine vertretbare Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen.

Ebensowenig kann auch dem Unternehmer das Recht zugesprochen werden, durch Herstellung eines zweiten, fehlerfreien Werkes die Gewährleistungsansprüche von sich abzuwenden. Denn einmal würde ein solches Recht des Unternehmers eine Beschränkung der Rechte des Bestellers bedeuten, und dann könnte der Unternehmer von dem Besteller die nochmalige Lieferung des Stoffes zur Herstellung des zweiten Werkes verlangen. Ganz abgesehen davon, daß in den Fällen, wo zur Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers notwendig ist, letzterer gezwungen werden könnte, diese zu wiederholen. Dies würde aber zu einer erheblichen Belästigung des Bestellers führen und dem Prinzip des Gesetzes, bei Regelung der Rechte im Falle der Mangelhaftigkeit des ursprünglich hergestellten Werkes unverhältnismäßige Härten für den einen oder anderen Vertragsteil zu vermeiden, widersprechen.

Nur beim Werklieferungsvertrage wird man dem Unternehmer dieses Recht nicht versagen können, wenn nämlich die festgesetzte oder aus den Umständen sich ergebende Lieferfrist noch nicht abgelaufen ist.